



Papeles el tiempo de los derechos

“INTRODUCCIÓN AL TRATAMIENTO JURÍDICO POR EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS SITUACIONES DE CRISIS: PARÁMETROS DE ACCIÓN ESTATAL Y LÍMITES”

Jordi Bonet Pérez

Palabras Clave: crisis; Derecho internacional de los derechos humanos; derogaciones; restricciones; exigibilidad; soberanía

Número: 8

Año: 2011

ISSN: 1989-8797

Comité Evaluador de los Working Papers “El Tiempo de los Derechos”

María José Añón (Universidad de Valencia)
María del Carmen Barranco (Universidad Carlos III)
María José Bernuz (Universidad de Zaragoza)
Manuel Calvo García (Universidad de Zaragoza)
Rafael de Asís (Universidad Carlos III)
Eusebio Fernández (Universidad Carlos III)
Andrés García Inda (Universidad de Zaragoza)
Cristina García Pascual (Universidad de Valencia)
Isabel Garrido (Universidad de Alcalá)
María José González Ordovás (Universidad de Zaragoza)
Jesús Ignacio Martínez García (Universidad of Cantabria)
Antonio E Pérez Luño (Universidad de Sevilla)
Miguel Revenga (Universidad de Cádiz)
Maria Eugenia Rodríguez Palop (Universidad Carlos III)
Eduardo Ruiz Vieytez (Universidad de Deusto)
Jaume Saura (Instituto de Derechos Humanos de Cataluña)



Reconocimiento – NoComercial – SinObraDerivada (by-nc-nd)

No se permite un uso comercial de la obra original ni la generación de obras derivadas.

Introducción al tratamiento jurídico por el Derecho internacional de los derechos humanos de las situaciones de crisis: parámetros de acción estatal y límites¹.

Jordi Bonet Pérez

1. Introducción: el Derecho internacional de los derechos humanos ante las necesidades estatales derivadas de situaciones de crisis.

El término *crisis*, que tiene su cabida en el lenguaje cotidiano y coloquial pero también de modo habitual en los análisis de la realidad social fruto de su observación desde las Ciencias Sociales, no aparece mencionado de manera expresa en ninguno de los tratados internacionales vigentes en materia de derechos humanos, tanto a escala universal como regional como coyuntura o período temporal a abordar por las autoridades estatales.

Aun cuando el supuesto de crisis, sea cual sea su naturaleza, no resulte específica y expresamente contemplado como situación que habilita al Estado a adoptar medidas de respuesta que repercutan en mayor o menor medida en la efectividad del respeto de los derechos humanos, esto no viene a significar que los tratados internacionales de derechos humanos ignoren o sean indiferentes a la existencia de *situaciones de hecho* – algunas de ellas calificables según criterios inicialmente ajenos al Derecho internacional de los derechos humanos como *situaciones de crisis*– en las que el Estado debe enfrentarse a dificultades de diversa índole o circunstancias imprevistas que inciden en el funcionamiento de las instituciones políticas y económicas y/o en la propia sociedad².

¹ Este estudio es objeto de publicación dentro del Proyecto Consolider-Ingenio 2010 “El tiempo de los derechos” CSD2008-00007 y se enmarca dentro del Proyecto de Investigación “La exigibilidad del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en situaciones de crisis” (Proyecto DER2009-1048).

² De ahí que, a la vista de la redacción de estos instrumentos jurídicos internacionales, y sin perjuicio de no excluir la mayoría de ellas a priori, parecería que entre las acepciones de la palabra *crisis* incluidas en el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua (www.rae.es) la última de ellas es la que más puede aproximarse a la percepción situacional comprendida en los mismos: situación dificultosa o complicada; de otro lado, la acepción tercera - situación de un asunto o proceso cuando está en duda la continuación, modificación o cese- es tomada habitualmente en cuenta cuando el Estado ha de dar

Sobre esta base pueden realizarse dos primeras aproximaciones conceptuales:

a) La existencia de una necesidad objetiva de estas características tiende a otorgar al Estado una habilitación desde la perspectiva del Derecho internacional de los derechos humanos para tomar legalmente medidas que le permitan encontrar soluciones a la situación de hecho; estas medidas pueden implicar una afección, normalmente negativa³, al disfrute de los derechos y libertades por parte de las personas bajo su jurisdicción.

b) El fundamento de esta habilitación se encontraría en la comprensión hacia la responsabilidad que asumen las autoridades en el ejercicio soberano de las competencias estatales. Es evidente, que esta comprensión se extiende al ámbito de la supervisión de la actuación estatal: se tiende a otorgar un cierto margen de discreción en la evaluación de las circunstancias de hecho y en la adecuación de las medidas adoptadas a los Estados –y, muy especialmente, a aquellos que en apariencia actúan de buena fe en el cumplimiento de sus obligaciones jurídicas internacionales.

2. Derecho internacional de los derechos humanos y la habilitación al Estado para abordar situaciones de crisis: conceptualización.

El Derecho internacional de los derechos humanos, como parece lógico, tiende a facultar al Estado a limitar y/o suspender o derogar los derechos humanos internacionalmente reconocidos frente a situaciones de crisis. El examen de los parámetros político-jurídicos de esta habilitación no puramente discrecional pasa por analizar tres puntos: la especial aproximación del Derecho internacional de los derechos humanos a las situaciones de crisis más graves; el tratamiento jurídico dual de las situaciones de crisis conforme al Derecho internacional de los derechos humanos; y, finalmente, la resultante aproximación jurídica a todo tipo de crisis.

2.1. La aproximación jurídica a las situaciones de crisis: el criterio de la gravedad como eje de referencia del Derecho internacional de los Derechos Humanos y sus consecuencias jurídicas.

respuesta a situaciones derivadas de la actuación o la vida de los particulares, sean personas físicas o jurídicas –por ejemplo, una *crisis familiar* o una *crisis societaria*.

³ En forma de limitación a su ejercicio o a sus garantías, pero también pudiendo comportar una suspensión temporal tanto de la posibilidad total o parcial de su ejercicio, como de las garantías vinculadas al mismo; a priori, cualquier medida que de derecho o de hecho pudiese privilegiar el disfrute de ciertos derechos y libertades por ciertos colectivos frente a una restricción generalizada de los mismos al resto de la población se incardina a la ponderación del respeto al derecho a la igualdad y, en particular, a la existencia o no de prácticas discriminatorias contrarias a derecho.

Pese a lo que pudiera inicialmente ser contradictorio, es perceptible una tendencia bastante generalizada en la práctica internacional⁴ y la doctrina⁵ vinculadas al Derecho internacional de los derechos humanos a reconocer y a denominar como supuestos de crisis a *situaciones de hecho muy graves* desde el prisma de su incidencia en el funcionamiento de las instituciones estatales y/o de la estabilidad de la sociedad en su conjunto.

La denominación de crisis suele reservarse a supuestos de hecho que evocan la existencia de un peligro público o emergencia excepcionales que ponen en peligro la existencia del propio Estado o de sus instituciones, amenazan significativamente su independencia o su seguridad, o comportan un serio riesgo de desestabilización de la paz social. En suma, son circunstancias de hecho extraordinarias –por tanto, no cualquier crisis sería susceptible de ser calificable como tal sino sólo aquella que en apariencia constituya una *amenaza grave*-, que deben abordarse a través de medidas excepcionales y que responden, en principio, a parámetros político-jurídicos diferenciados de aquellas medidas a las que pueda recurrirse en circunstancias de hecho problemáticas pero de menor gravedad⁶; subyace, pues, la idea de que en tales circunstancias de hecho es legítimo otorgar facultades excepcionales (por extraordinarias) de actuación a las instituciones estatales.

Este planteamiento que focaliza la especificidad del tratamiento jurídico internacional de las que podrían denominarse *crisis graves* es una opción extendida entre los tratados internacionales de carácter general –aquellos cuyo objeto es delimitar, con alcance universal o regional, el catálogo de derechos y libertades internacionalmente reconocidos-; esta tendencia se identifica, particularmente, en la presencia en los tratados internacionales que la contemplan expresamente de una cláusula derogatoria habilitante⁷. Aún así, no es ésta una opción unánimemente seguida:

⁴ Por ejemplo, empleando la noción de *poderes de crisis* (ONU, Documento E/CN.4/Sub.2/1983/15, p. 10, § 32).

⁵ Véanse las referencias bibliográficas al final del documento de trabajo.

⁶ Como se comentará más adelante, es igualmente factible que las autoridades estatales, a pesar de la gravedad de la crisis, entiendan que no hay razones suficientes para desviarse de los parámetros jurídico-políticos de la normalidad normativa e institucional, de forma que opten por tratar jurídicamente la situación de hecho sin emplear mecanismos de naturaleza excepcional.

⁷ La adopción de las cláusulas derogatorias, aun cuando sea coherente con una tradición constitucional estatal de la que se deriva el Derecho internacional de los derechos humanos, fue objeto de intensos debates en ocasión de los trabajos preparatorios de los tratados internacionales que las prevén y, muy especialmente, respecto al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP); fue determinante que se percibiese su introducción como un límite a la arbitrariedad en el uso de poderes de excepción, ante la experiencia histórica de los cuadros graves y persistentes de violaciones de derechos humanos vinculados a su uso y abuso (ONU, Documento 2929, Anexo, p. 23, § 37).

tanto el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) como la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos (Carta Africana) carecen de un tratamiento jurídico internacional particularizado de estas situaciones.

El tratamiento jurídico diferenciado de las crisis graves subraya la comprensión hacia la necesidad de la reacción estatal frente a amenazas de una gravedad sustancial, pero a su vez no solventa problemas político-jurídicos y prácticos que repercuten o pueden repercutir en la efectividad de los derechos humanos y en las garantías de los mismos:

a) La identificación y especificación del régimen jurídico de las crisis potencialmente más graves ni comporta que el Derecho internacional de los derechos humanos desconozca la existencia de situaciones de hecho complejas pero de menor intensidad –que en sentido coloquial o conforme a los parámetros de otros sectores del conocimiento social puedan ser calificadas como una crisis-, ni que frente a ellas el Derecho internacional de los derechos humanos no articule mecanismos de flexibilidad que permitan tomar medidas que restrinjan el ejercicio de derechos y libertades fundamentales.

b) Se daría lugar, pues, a un dualismo en el tratamiento jurídico de las situaciones crisis: la habilitación de las cláusulas derogatorias para supuestos en que existiese un peligro grave para la vida de la nación o de las instituciones; y otras fórmulas de flexibilidad –en forma de excepciones o cláusulas restrictivas o limitativas- que, conforme a las condiciones de ejercicio establecidas, estarán destinadas a abordar crisis de menor intensidad.

2.2. El tratamiento jurídico dual de las crisis en el Derecho internacional de los derechos humanos: lógica estatal y riesgos.

El régimen jurídico dual puesto a disposición de los Estados situados frente a una crisis, debido a la indeterminación e incluso a la ambigüedad de los términos empleados, no cierra la puerta a interpretaciones interesadas de los conceptos jurídicos ni a que la discreción estatal en el ejercicio de las facultades de acción disponibles se sitúe en los márgenes de legalidad de las mismas⁸, existiendo, en la práctica, el riesgo de que:

⁸ Piénsese, por ejemplo, en el hecho de que, aun cuando ningún otro Estado Parte, ni siquiera aquellos que podían sentirse especialmente amenazados como el Reino Unido, hubiera calificado la situación de hecho derivada del atentado del 11 de septiembre de 2001 en los Estados Unidos como una *amenaza excepcional* en el sentido de la cláusula derogatoria del art. 15 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, no fue un dato relevante para que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos considerase que

a) De un lado, el Estado aborde como excepcional una situación de hecho que, en apariencia, no reúne los requisitos fácticos y jurídicos para ser calificada como tal; más allá de las hipotéticas repercusiones jurídicas internacionales de su comportamiento, el Estado en este caso se prevalecería de poderes excepcionales para solventar una crisis de menor alcance o consecuencias –desvirtuando la naturaleza jurídica restringida de la institución jurídica y obteniendo una habilitación que, potencialmente, podría comportar una afección excesiva al goce y disfrute de los derechos humanos, sin perjuicio de la aplicabilidad de la proporcionalidad como límite último de su actuación.

b) Y, de otro lado, que el Estado aborde una crisis muy grave sin recurrir a los poderes excepcionales habilitados por el Derecho internacional de los derechos humanos y opte, pese a la excepcionalidad de las circunstancias, por utilizar aquellas vías de reacción que el Derecho internacional de los derechos humanos habilita para períodos de normalidad de la vida social e institucional –si se quiere, de no excepcionalidad-; obviamente, esto implica a priori una renuncia a un determinado tipo de habilitación jurídica e introduce en el debate cuestiones jurídicas relevantes como el alcance de la gradualidad de los mecanismos ordinarios de restricción de los derechos y libertades para ser aplicados a cualquier circunstancia, la funcionalidad del principio de proporcionalidad como moderador de la discrecionalidad estatal o la idoneidad misma de las fórmulas ordinarias de flexibilidad. Más allá de las causas políticas o jurídicas que puedan llevar a un Estado a no recurrir a poderes excepcionales internacionalmente reglados cuando en hipótesis pudiera recurrir a ellos, o de la idoneidad teleológica de las fórmulas de habilitación ordinaria para abordar tales situaciones extremas, hay que indicar que si el comportamiento estatal es objeto de supervisión internacional aumentan como es obvio las posibilidades de que su actuación sea calificada de no conforme a sus obligaciones jurídicas internacionales –ya que éstas son las propias de una situación de normalidad institucional y social, y, sobre esta base, se evaluarán decisiones que es probable que sean propias de la no declarada situación de excepción-; lo que no es óbice para que el órgano jurisdiccional o cuasi-jurisdiccional pueda mostrar de manera implícita o indirecta su perplejidad ante la calificación jurídica realizada por el Estado⁹.

ésta sí existía en el Reino Unido (ECHR, *Case of A. and others v. The United Kingdom* [GC], no. 3455/05, §180, judgment of 19 February 2009).

⁹ El TEDH ha mantenido implícitamente que el comportamiento de las autoridades rusas en Chechenia era más bien propia de un conflicto armado interno al juzgar ciertas operaciones militares en Chechenia o en las proximidades de las fronteras de ese territorio, aun cuando aplicase las disposiciones ordinarias del

2.3. Elementos para componer una idea general sobre la *situación de crisis* a modo de síntesis.

El Derecho internacional de los derechos humanos no encuadra formalmente la noción de crisis como una circunstancia particularizada que habilite a los Estados a tomar medidas que limiten la efectividad del ejercicio de los derechos y libertades internacionalmente reconocidos o sus garantías, sino que aquellas situaciones fácticas que se corresponden con lo que coloquialmente o conforme a los términos empleados en otras áreas de conocimiento social se entiende como crisis son susceptibles de facultar al Estado para adoptar aquellas medidas limitativas o suspensivas del ejercicio de los derechos y libertades, siempre que se cumplan ciertas condiciones o requisitos de acción –por lo que, sobre todo en circunstancias de cierta normalidad social e institucional, su tratamiento jurídico es similar jurídicamente al de cualquier otra necesidad objetiva aunque no constituya una crisis-.

La praxis relativa a los tratados internacionales en materia de derechos humanos, empero, lleva a que se identifique la noción de crisis habitualmente con circunstancias excepcionales –sea cual sea su naturaleza- que ponen en peligro la vida de la nación y que, por consiguiente, responden a una determinada tipología de período de crisis.

En cualquier caso, ante una crisis, sea cual sea su gravedad, el Estado dispondrá de la capacidad para restringir los derechos y libertades de la persona humana dentro de los parámetros de legalidad exigibles; mientras que, específicamente, para crisis excepcionales, puede disponer de poderes excepcionales para derogar o suspender temporalmente esos mismos derechos y libertades siempre que, por supuesto, se den las condiciones y requisitos particulares que resulten de aplicación.

3. Las situaciones de crisis y la protección de los derechos humanos: principales cuestiones técnico-jurídicas que plantea su tratamiento jurídico internacional.

Sobre esta base, se plantean, sin ánimo de exhaustividad, aquellas cuestiones técnico-jurídicas esenciales que genera la existencia de una crisis para el Derecho internacional de los derechos humanos, admitiendo que sobre ellas el debate no es pacífico y no parece haberse cerrado, y que en cualquier caso tampoco se ofrecen soluciones definitivas a los problemas planteados.

Convenio Europeo de Derechos Humanos a la ponderación de la debida diligencia en el control y planificación de las operaciones militares (ECHR, *Isayeva, Yusupova and Bazayeva v. Russia*, nº 57947/00, 57948/00 and 57949/00, §§ 198-199, judgment of 24 February 2005).

3.1. El tratamiento jurídico de las situaciones de crisis y de los derechos humanos en el Derecho internacional general.

La traslación del asunto del tratamiento jurídico de las situaciones de crisis al ámbito del Derecho internacional general tiene su relevancia en la medida en que pueda haber Estados que no sean Partes de los tratados internacionales de derechos humanos – aspecto a considerar también respecto a los tratados internacionales sobre Derecho internacional humanitario¹⁰-, o incluso para potencialmente colmar lagunas del régimen jurídico previsto en los mismos, atendiendo a la progresiva emergencia de normas jurídicas relativas a los derechos humanos en el marco del Derecho internacional general.

La experiencia y la práctica internacionales tienden a mostrar cómo el Derecho internacional general se plantea este tratamiento jurídico bajo los mismos parámetros que los tratados internacionales en materia de derechos humanos: aun cuando se asuma la importancia de asegurar el respeto de los derechos humanos, es evidente que la soberanía estatal demanda que, en ciertas circunstancias y bajo determinadas condiciones, el Estado pueda restringir, suspender o derogar el ejercicio de los derechos y libertades (mejor dicho: de ciertos derechos y libertades). Nada parece oponerse a que las normas jurídicas de Derecho internacional general asuman este argumento jurídico como fundamental en la construcción positiva y habiliten a las autoridades estatales a hacerlo en función de sus necesidades¹¹.

Es obvio que la mayor incertidumbre sobre el contenido jurídico que se desprende de la formulación del Derecho internacional general planea tanto sobre la determinación de qué principios jurídicos han adquirido esa dimensión obligacional como respecto a la precisión del alcance jurídico de alguno de los mismos.

a) Los principios jurídicos en situaciones de crisis.

En lo que concierne a las restricciones de los derechos y libertades, no parece difícil considerar como principios jurídicos consolidados y exigibles¹²: el principio de

¹⁰ Téngase en cuenta, asimismo, que las normas jurídicas de Derecho internacional humanitario – convencionales o no- ofrecen unos estándares jurídicos internacionales aplicables sólo a algunas de las situaciones de hecho que el Derecho internacional de los derechos humanos entiende como excepcionales.

¹¹ Es decir, puede afirmarse que existen entre ellas normas consuetudinarias aplicables a todo tipo de emergencias públicas (FITZPATRICK, J., *Human rights in crisis: the international system for protecting rights during states of emergency*, University of Pennsylvania Press, 1994, p. 67.

¹² Atendiendo a que, como se ha señalado desde la International Law Association, la facultad de restringir los derechos y libertades internacionalmente reconocidos es un principio general de Derecho Internacional (INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION, *Final Report on the Status of the Universal*

legalidad (en un sentido material que abarque toda forma de producción de normas legitimada en el marco del Derecho estatal), el principio de finalidad y el principio de necesidad u oportunidad –y, en la medida en que se le quiera dotar de autonomía respecto a este último, el principio de proporcionalidad-. Igualmente, en este contexto, es de aplicación un principio jurídico transversal o intersticial en materia de derechos humanos: la no discriminación.

Más complejo parece ubicar qué principios jurídicos de Derecho internacional general resultan aplicables a situaciones de crisis excepcional –en paralelo a los que se infieren de la práctica convencional y que sirven a la doctrina como paradigma analítico-.

A partir de las aportaciones de ORAÁ¹³ parece claro que cuatro de ellos se encuentran incorporados al Derecho internacional general: principio de la existencia de una amenaza excepcional, principio de proporcionalidad, principio de no discriminación y principio de inderogabilidad.

Más allá de ellos, cabe realizar las siguientes consideraciones:

— El principio de proclamación oficial de la situación de amenaza excepcional no parece tan claramente anclado en el Derecho internacional general. Más allá del debate sobre si un principio de naturaleza procedimental como éste pueda derivar en obligaciones *erga omnes* en relación con los derechos humanos¹⁴, lo cierto es: primero, que, aun cuando sea una garantía respecto a los temidos *estados de excepción de facto*, no parece haberse generalizado su percepción como una necesidad inherente a la respuesta ante una amenaza excepcional sobrevenida; y, segundo, que en muchos Estados la acomodación a la situación de excepcionalidad no comporta el paso de una legalidad de excepción diferenciada de la legislación ordinaria, por lo cual la proclamación oficial en muchos de ellos es meramente implícita a través de la adopción de la legislación ordinaria dirigida a abordar la situación excepcional –o su modificación¹⁵.

— El principio de legalidad de las medidas de excepción tampoco parece consolidarse, en especial si se entiende como la necesidad de que existan normas

Declaration of Human Rights in National and International Law, Report to the 66nd Conference, Buenos Aires (1994), London, 1996, p. 549).

¹³ ORAÁ, J., *Human Rights in States of Emergency in International Law*, Clarendon Press, Oxford, 1992, pp. 260-265.

¹⁴ *Ibid.*, pp. 232-233; debate que, en el actual estadio de desarrollo del Derecho internacional general, se considera por el autor de este documento un trabajo estéril.

¹⁵ Véase en España, a sensu contrario, los artículos 55 y 116 de la Constitución así como la L.O. 4/1981.

jurídicas preestablecidas que determinen el alcance jurídico de los poderes de excepción –atendiendo a lo antedicho sobre la práctica estatal en la materia-; eso sí, se ha de entender que, implícitamente, la idea de la legalidad de las medidas de excepción en lo que concierne a la adecuación al ordenamiento jurídico y a su adopción conforme a las fuentes de Derecho estatal se integra en la propia facultad de adopción de medidas excepcionales.

— La viabilidad de la presencia de un principio de temporalidad (o provisionalidad) aplicable a las situaciones excepcionales choca, no sólo con la propia experiencia de la práctica de la prolongación indefinida de diversos Estados, sino con la duda conceptual de si esta exigencia de temporalidad es inherente, más que a la ponderación de la situación de hecho, a la ponderación de la adecuación de las medidas adoptadas –presumiendo que éstas deben prolongarse sólo si es realmente necesario: lo que no negaría la prolongación de éstas en el tiempo siempre que hubiese una justificación que sea objeto de revisión periódica¹⁶–.

— El principio de conformidad con otras obligaciones jurídicas internacionales es ignorado habitualmente como parte del Derecho internacional general toda vez que, en apariencia, éste constituiría un estándar mínimo generalizado –lo que *per se* implicaría que cualquier obligación jurídica convencional adquirida por el Estado resultará más exigente.

b) El alcance jurídico de las obligaciones jurídicas de Derecho internacional general.

A este respecto cabe hacer sucintamente dos comentarios.

En primer lugar, la posibilidad de restringir derechos y libertades cuyo reconocimiento es parte del Derecho internacional general no parece, en apariencia, discutible desde el prisma de este sector del ordenamiento jurídico internacional –como tampoco la aplicabilidad de los principios jurídicos anteriormente mencionados-; sí, en cambio, quedan abiertas ciertas cuestiones jurídicas que, sin vincularse propiamente al objeto analizado, repercuten en su delimitación:

— La hipotética identificación de un conjunto de derechos y libertades que, sin integrar un *núcleo duro* de derechos y libertades de carácter imperativo, se habrían consolidado como normas de Derecho internacional general¹⁷.

¹⁶ Véase infra un comentario respecto al tema de la temporalidad.

¹⁷ Asumiendo la especificidad del proceso de construcción consuetudinaria de los derechos humanos, en el sentido de apreciar el peso de la consolidación de la *opinio iuris* sobre la valoración de una efectiva

— La percepción de que, si entre estos derechos y libertades se ubican también derechos económicos, sociales y culturales, el Derecho internacional general también generaría respecto a cada uno de ellos la obligación jurídica de asegurar niveles mínimos esenciales y, en consecuencia, de restringir la discrecionalidad estatal —tal y como se plantea de forma expresa por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales respecto al PIDESC¹⁸—; en este mismo sentido, hay ejemplos en la práctica del citado Comité de medidas restrictivas que vulnerarían las obligaciones jurídicas de los Estados Partes que serían fácilmente extrapolables al Derecho internacional general¹⁹.

— La posibilidad de que, como sucede en los tratados internacionales de derechos humanos, ciertos derechos y libertades se encuentren formulados de modo absoluto y no sea oponible ninguna limitación a los mismos —por ejemplo, la prohibición de la tortura.

Y, en segundo lugar, es evidente que la aplicabilidad del principio de inderogabilidad no está exenta de cierta indefinición en el ámbito del Derecho internacional general, en lo que concierne a qué derechos y libertades deberían estar amparados por tal garantía internacional; ni es una cuestión pacífica ni se antoja resuelta²⁰. Lo que hay que señalar es que, atendiendo a la presencia en el Derecho internacional general de normas jurídicas que establecen la obligación de respetar unas mínimas garantías judiciales para los detenidos y acusados en cualquier circunstancia, éstas no pueden ser objeto de una derogación total bajo ningún presupuesto fáctico.

3.2. La ausencia de normas jurídicas expresas en los tratados internacionales de derechos humanos respecto a situaciones excepcionales (cláusulas derogatorias).

Como se ha puesto de manifiesto anteriormente, ni todos los tratados internacionales de carácter general contienen cláusulas derogatorias que permitan adoptar medidas suspensivas o derogatorias de los derechos y libertades reconocidos, ni

generalización de la práctica estatal (MERON, T., *Human rights and humanitarian norms as customary law*, Clarendon Press, Oxford, 1989, p. 99).

¹⁸ COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, *Observación General n° 3 (1990)*, § 10; y también si es aplicable en el ámbito del Derecho internacional general la afirmación del citado Comité en el sentido de que “aun en tiempos de limitaciones graves de recursos, causadas sea por el proceso de ajuste, de recesión económica o por otros factores, se puede y se debe en realidad proteger a los miembros vulnerables de la sociedad” (*ibid.*, § 12).

¹⁹ Por ejemplo, si se considerase como tal el derecho al trabajo, la “revocación de una legislación que proteja al asalariado contra el despido improcedente” (COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, *Observación General n° 18 (2005)*, § 34).

²⁰ La pregunta es si la lista que ofrece el Comité de Derechos Humanos respecto al PIDCP, más allá de lo que especifica el art. 4,2 del mismo, puede ser trasladada al ámbito del Derecho internacional general (COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, *Observación General n° 29 (2001)*, § 13).

la noción de suspensión o derogación de los derechos y libertades parece estar inserta en la gran mayoría de tratados internacionales de carácter específico.

a) La inexistencia de cláusulas derogatorias.

La interpretación de esta ausencia de reglamentación jurídica expresa no puede decantarse pura y simplemente por la consideración de que exista una voluntad clara y terminante de no permitir de una forma u otra a los Estados llegar a suspender o derogar de modo temporal ciertas de las obligaciones jurídicas internacionales contraídas conforme a los mismos²¹:

— Más que probablemente en detrimento de la seguridad jurídica que otorgan las cláusulas derogatorias, hay elementos de juicio en la práctica para entrever que existen argumentos jurídicos que permitirían al Estado Parte llegar a aplicar medidas excepcionales, eso sí, sin que conforme al tratado internacional se aplique un régimen jurídico particular basado en la presencia de una situación excepcional: sea por remisión a otros sectores y/o normas jurídicas del ordenamiento jurídico internacional o por el efecto equivalente de aplicar otras cláusulas que permiten limitar los derechos y libertades (aún a costa, en teoría, de la pérdida formal de su naturaleza jurídica excepcional en el ámbito jurídico internacional).

— En cualquier caso, y en los supuestos en que ello sea factible, su ejercicio debería circunscribirse a aquellos parámetros de legalidad internacional inherentes a ese ejercicio y que tanto el Derecho internacional de los derechos humanos como el Derecho internacional general tienden a proyectar –por ejemplo, la existencia de una amenaza excepcional o la necesidad de que las medidas sean adecuadas y proporcionales a tal situación.

— Es evidente que aquellos tratados internacionales cuyo objeto se dirige a prohibir prácticas especialmente aberrantes no admiten la aplicabilidad de suspensión o derogación alguna en la medida en que se trata de prohibiciones *per se* inderogables – por ejemplo, los tratados internacionales relativos al genocidio o la discriminación racial-; asimismo, tratados internacionales como el Convenio de Naciones Unidas Contra la Tortura y Otros Tratos y Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (artículo 2,2) y la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las

²¹ Recuérdese que la Corte Internacional de Justicia no consideró que la ausencia en un tratado internacional de derechos humanos de referencia formal a la facultad de formular reservas, para excluir o modificar alguna o varias de las disposiciones convencionales, impidiese su formulación siempre que las reservas así formuladas no fuesen contrarias al objeto y el fin del tratado internacional (CIJ, *Réserves a la Convention sur le génocide, Avis consultatif CIJ, Recueil*, 1951, pp. 10-19).

desapariciones forzadas (artículo 1,2) establecen de forma expresa la inaplicabilidad de medidas suspensivas o derogatorias, en relación con la tortura –y, en principio, sólo a la tortura- y con las desapariciones forzadas, respectivamente.

— Hay tratados internacionales de carácter específico respecto a los cuales se antoja harto difícil seguir este planteamiento. El principal ejemplo es el de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer: atendiendo a su objeto, lo que dibuja principalmente este tratado internacional son obligaciones jurídicas de carácter programático o de comportamiento dirigidas a eliminar a través de políticas y medidas legales, administrativas y judiciales la discriminación contra la mujer. No parece sencillo, pues precisamente uno de los principios aplicables a las situaciones excepcionales es que las medidas adoptadas no resulten discriminatorias, justificar en un período de amenaza excepcional la suspensión o derogación de normas jurídicas dirigidas a superar obstáculos discriminatorios contra un colectivo humano. En todo caso, y con todas las prevenciones y reservas al respecto, tal hipótesis parecería abierta de modo casi exclusivo a las medidas especiales de carácter temporal que se hubieran podido adoptar conforme al artículo 4 de la citada Convención. Igualmente, este ejemplo permite plantear otra duda de carácter general sobre el ejercicio de poderes de suspensión o derogación: tratándose de obligaciones jurídicas programáticas o de comportamiento, ¿en qué medida puede considerarse suspendida o derogada la obligación jurídica internacional por el hecho de que la ley u otro acto normativo estatal que se ajusta a tales pedimentos de acción sea objeto de suspensión o derogación?

— Otro supuesto que puede plantearse es si son derogables los derechos del niño, en tanto en cuanto que sujeto especialmente vulnerable. Dos consideraciones particulares a subrayar: una, el menor es titular de derechos y libertades internacionalmente reconocidos como cualquier ser humano, por lo que no es descabellado pensar que puedan ser objeto de suspensión o derogación de sus derechos y libertades como el resto de la población –por ejemplo, de su libertad de circulación si tal suspensión se adopta de manera general-; dos, que la especialidad del contenido jurídico de algunos de los derechos y libertades en cuanto le son reconocidos de un modo particularizado al menor –Convención sobre los Derechos del Niño- hace difícil que, desde el prisma de la hipótesis del ejercicio de los poderes de excepción, la noción de *necesidad* permita suspender o derogar esas especificidades de modo diferenciado, y

permite abogar en pro de un trato más favorable del menor incluso en períodos de amenaza excepcional.

— Aun cuando el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales haya señalado en algunas de sus observaciones generales más recientes que la derogación o suspensión oficiales de la legislación precisa para el ejercicio de derechos económicos, sociales y culturales es un hecho ilícito respecto al PIDESC²², hay que advertir: primero, que la tendencia es a subrayar que tal derogación o suspensión es ilícita en el supuesto que comporte una afección continuada o permanente –es decir, que no muestre esa dimensión temporal inherente a las medidas de excepción-; y, segundo, que no parece existir teóricamente ningún inconveniente que impida que se puedan adoptar medidas de efecto equivalente a las suspensivas o derogatorias sin que formalmente se proclame una situación de excepción –aun cuando se deba siempre tener presente la existencia de contenidos mínimos esenciales en relación con cada uno de esos derechos-²³. Finalmente, cabe subrayar que la Carta Social Europea incluye una cláusula derogatoria en su artículo 30 (artículo F de la Carta Social Europea Revisada)²⁴.

b) La fundamentación jurídica de los poderes de suspensión o de derogación en ausencia de cláusula derogatoria específica.

Parece lógico, atendiendo a las características del ordenamiento jurídico internacional, que el fundamento último sea la soberanía estatal y el entendimiento de las necesidades de supervivencia del Estado y de su organización político-administrativa ante amenazas excepcionales a su estabilidad; dejando abierta siempre la discusión sobre cualquiera de ellos y de su coherencia interna y global, los principales argumentos jurídicos pivotarían, sin ánimo de exhaustividad, sobre los ejes siguientes:

— *Fundamentos intrínsecos a la naturaleza convencional de los instrumentos jurídicos.*

En aquellos tratados internacionales en los que, pese a no existir de modo expreso una cláusula derogatoria, existe una cláusula restrictiva general –artículo 4 PIDESC o artículo 27,2 de la Carta Africana²⁵-, complementada o no con cláusulas restrictivas

²² COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES *Observaciones generales* n.º 14 (2000), § 48; n.º 15 (2002), § 42; n.º 17 (2005), § 42; y n.º 18 (2005), § 32.

²³ Las *Directrices Maastricht sobre la violación de los derechos económicos, sociales y culturales* señalan esta línea como violación de los mismos la “derogación o suspensión oficiales de las disposiciones legislativas necesarias para el goce permanente de un derecho económico, social y cultural ya reconocido” (ONU, *Documento E/C.12/2000/13*, p. 20, Directriz 14, a).

²⁴ Eso sí, curiosamente, no incluye un listado de derechos inderogables.

²⁵ La Carta Africana aborda, pues, toda crisis o emergencia conforme a las facultades ordinarias de restricción de los derechos y libertades autorizadas por la cláusula restrictiva del art. 27,2 de la misma -

particulares para ciertos derechos o libertades, las medidas dirigidas a abordar la crisis excepcional se vehicularán como medidas de naturaleza restrictiva –lo que permite supervisarlas bajo parámetros de legalidad más estrictos pero a todas luces impropios a la vista la práctica estatal y sin que formalmente exista una habilitación de carácter excepcional.

No obstante, también es posible recurrir al Derecho de los Tratados, convencional o consuetudinario, para ofrecer hipotéticas soluciones extensivas de la habilitación derogatoria:

- Apelando a una percepción sistémica muy consolidada en la práctica internacional respecto al conjunto de tratados internacionales sobre derechos humanos elaborados en el seno de las Organizaciones internacionales y a los mecanismos de supervisión internacionales contruidos en ese mismo marco institucional –sobre todo en lo que concierne al sistema de Naciones Unidas-, cabe la posibilidad de inferir una relación de dependencia especialidad/generalidad entre los tratados internacionales en la materia; de modo que la *lex generalis* resulte aplicable respecto a los aspectos jurídicos tratados en la *lex specialis* siempre que ésta no lo prohíba expresamente²⁶ o exista un impedimento derivado de normas imperativas²⁷. Claro que si el tratado internacional de carácter general no contiene dicha cláusula, como sucede con el PIDESC, esa dependencia debería derivar hacia otro tipo de habilitación de naturaleza restrictiva²⁸.
- Puede recurrirse a las situaciones excepcionales como origen para legitimar la existencia de una causa de suspensión del tratado internacional y, muy especialmente, por acuerdo entre las partes –basado en la aquiescencia- o la imposibilidad subsiguiente de cumplimiento; las dificultades para justificar la

“The rights and freedoms of each individual shall be exercised with due regard to the rights of others, collective security, morality and common interest”- (véase: AFRICAN COMMISSION ON HUMAN & PEOPLES’ RIGHTS, *Communications 105/93, 128/94, 130/94 and 152/96, Media Rights Agenda and Constitutional Right Project Case*, Decision of 31 October 1998, en: “Twelve Annual Activity Report of the African Commission on Human and People’s Rights – 1998/1999”, *Document AHG/215 (XXXV)*, Ref. ACHPR/COMM/A044/1, p. 58, §§ 67-70).

²⁶ Por ejemplo, el ya citado Convenio de Naciones Unidas Contra la Tortura y Otros Tratos y Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (artículo 2,2).

²⁷ Por ejemplo, Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial.

²⁸ Véase, por ejemplo, la interrelación entre la Convención sobre los Derechos del Niño y el PIDESC (que cuenta con una cláusula restrictiva general en su art. 4).

aplicabilidad de estos supuestos por los requisitos exigidos no hacen fácil contemplarlos como habilitaciones efectivas²⁹.

— *Fundamentos extrínsecos: las características intrínsecas del ordenamiento jurídico internacional.*

En ausencia de norma jurídica convencional, cabría recurrir al Derecho internacional general:

- Quizá la hipótesis de partida debería ser que, aquello que no está expresamente prohibido por el ordenamiento jurídico internacional, está permitido. Sin embargo, este principio puede que colisione con la constatación, a través de los trabajos preparatorios de algunos estos tratados internacionales, de que la exclusión de la cláusula derogatoria fue deliberada.
- Podría, por otro lado, determinarse que las normas de excepción respecto a derechos humanos operativas en el ámbito del Derecho internacional general son aplicables, en ausencia de norma jurídica en contrario –inserta en el propio tratado internacional o norma imperativa-, como *lex generalis* en la materia; ahora bien, debe tenerse presente lo señalado en el punto anterior sobre el desarrollo de los trabajos preparatorios convencionales.
- Finalmente, la cuestión podría trasladarse también al terreno de la responsabilidad internacional por hechos ilícitos y convertir la situación de excepción en el fundamento causal de la alegación de una circunstancia que excluya la ilicitud: a priori, si es factible su aplicación debido a los requisitos exigibles, la fuerza mayor o el estado de necesidad parecerían a priori las circunstancias más indicadas.

A modo de elemento de reflexión global sobre las cuestiones planteadas, hay que indicar que, bajo ningún concepto, la aplicabilidad de la habilitación derogatoria o de el recurso a la habilitación restrictiva para legitimar medidas dirigidas a afrontar una amenaza excepcional que repercutan en el goce y disfrute de los derechos humanos ha de permitir excepciones o interpretaciones sesgadas respecto a aquellos derechos y libertades que por su redacción absoluta perfilan la necesidad de que no sean objeto de limitación alguna.

²⁹ Más todavía si se piensa como causas en el cambio de circunstancias o la violación grave del tratado internacional.

4. La delimitación jurídica de las amenazas excepcionales como situaciones de crisis graves.

Puede intentarse entrever cómo interpretar la noción de amenaza o peligro excepcional y qué situaciones de crisis puede en la práctica abarcar una amenaza excepcional.

4.1. La noción jurídica de crisis excepcional.

Debe partirse de la constatación de que, en los principales tratados internacionales en que se incluye una cláusula derogatoria –artículo 4 del PIDCP; artículo 15 del Convenio Europeo de Derechos Humanos; y artículo 27 de la Convención Americana de Derechos Humanos, su redacción lleva a una tipificación no excesivamente distinta de la noción de *amenaza o peligro excepcional*; en este sentido, puede afirmarse que, en lo esencial, comparten presupuestos político-jurídicos respecto a su identificación.

Así, mientras el PIDCP realiza una referencia genérica a “situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente”, el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH)/Carta Social Europea y la Convención Americana de Derechos Humanos realizan una distinción circunstancial entre *situaciones de guerra* (la referencia sería tanto a conflictos armados internacionales como internos), y aquellas otras circunstancias en que existe un “peligro público que amenace la vida de la nación” –textos europeos- o bien un “peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte” –texto americano-. Se ha indicado que, quizá, por su redacción la redacción americana podría resultar en principio más extensiva; no obstante, su interpretación ha tendido a equipararla a los términos de partida de los otros tratados internacionales referidos: la presencia de una *amenaza o peligro para la vida de la nación*³⁰.

Sin perjuicio de que los términos empleados no resultan en cualquiera de las redacciones excesivamente precisos, no deja de parecer lógico que se entienda que la cláusula derogatoria se reserva para situaciones de tal gravedad que, sin llegar a ser equiparables a un conflicto armado, generan dificultades muy relevantes para el funcionamiento normal de las instituciones estatales o suponen una amenaza de un cierto calibre para la estabilidad y la paz sociales. Como asegura el Comité de Derechos Humanos, “[n]o todo disturbio o catástrofe constituye una situación excepcional que ponga en peligro la vida de la nación”, de manera que los Estados Partes del PIDCP

³⁰ ORAÁ, J., *op. cit.*, p. 29.

“deberán ponderar cuidadosamente el motivo por el cual esa medida es necesaria y legítima en las circunstancias del caso”³¹. Los denominados *Principios de Siracusa*³² perfilan la idea de que se trata de: *peligros, reales o inminentes, que afectan a toda la población y a todo el territorio estatal o parte de él*; y que tienen con resultado amenazar la *integridad física de la población, la independencia política o la integridad territorial* del Estado, o la *existencia y/o funcionamiento básico de las instituciones* indispensables para proteger los derechos humanos.

En general, puede afirmarse que la aproximación a la ponderación de las amenazas excepcionales está marcada: primero, por el puro casuismo de las decisiones jurisdiccionales y cuasi-jurisdiccionales –de modo que no se ha profundizado demasiado en la formulación de modelos-; y, segundo, por el difícil equilibrio entre la sospecha frente a actitudes poco cooperativas de ciertos Estados y la comprensión de la responsabilidad estatal ante peligros excepcionales.

La construcción jurisdiccional de la noción de amenaza excepcional quizá más elaborada –y con proyección en los *Principios de Siracusa*-, se ha generado en torno al artículo 15,1³³ del CEDH:

a) Se trata una amenaza excepcional –sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el *asunto Lawless contra Irlanda*³⁴– de una situación excepcional de crisis o emergencia que afecta al conjunto de la población y que constituye una amenaza para la vida organizada de la comunidad que compone el Estado.

b) La extinta Comisión Europea de Derechos Humanos procedió en el denominado *caso griego* a desgranar las características esenciales de una amenaza excepcional de ese alcance:

— Debe tratarse de una situación actual o inminente –lo que parece excluir toda situación esencialmente futura e incierta con visos insuficientes de su próxima manifestación–.

³¹ *Observación general n° 29 (2005)*, § 3; lo que no obsta para que el Comité de Derechos Humanos haya discrepado en varias ocasiones de la aplicación hecha por los Estados Partes de esta cláusula derogatoria y, en especial, por las circunstancias de hecho a las que la han aplicado.

³² *Principios de Siracusa sobre las disposiciones de limitación y derogación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Principios de Siracusa)*, en: ONU, *Documento E/CN.4/1985/4*, Anexo, p. 1, Principio 39.

³³ “En caso de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación, cualquier Alta Parte Contratante podrá tomar medidas que deroguen las obligaciones previstas en el presente Convenio en la estricta medida en que lo exija la situación, y a condición de que tales medidas no estén en contradicción con las restantes obligaciones que dimanen del derecho internacional”.

³⁴ ECHR, *Case Lawless v. Ireland*, judgment of 1 July 1961, series A n° 3, § 28.

— Sus efectos deben afectar al conjunto de la nación –lo que no es óbice para que la amenaza excepcional pueda focalizarse territorialmente en una zona o zonas concretas del Estado–.

— Asimismo, debe constituir una amenaza para la vida organizada de la comunidad –es decir, para el mantenimiento y pervivencia de las instituciones propias de una sociedad democrática³⁵, o de la propia comunidad, dentro de las coordenadas del ejercicio ordinario de los poderes estatales.

— Finalmente, la crisis o el peligro deben ser excepcionales, en el sentido de que las medidas o restricciones admitidas por el CEDH para el mantenimiento de la seguridad, la salud y el orden públicos en períodos de normalidad resulten claramente inadecuadas –por insuficientes³⁶.

c) La sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el *asunto A. y otros contra el Reino Unido* antes mencionada, sin suponer una modificación radical de estos criterios, sí que ha ofrecido, de una parte, una interpretación menos rígida de la inminencia de la amenaza excepcional³⁷, y, de otra parte, un mayor margen de apreciación a favor de las autoridades estatales para apreciar el nivel de la amenaza – pues con anterioridad la amenaza terrorista había venido siendo tenida como tal cuando derivaba en una intensa campaña de violencia.

A partir de estos elementos, puede colegirse que la amenaza excepcional ha de responder a una situación actual o inminente (se aprecie de un modo más estricto o laxo), de un nivel suficiente de gravedad para calificarse de excepcional, entrañando un riesgo muy grave que afecte al conjunto de la población y constituya un peligro para la propia vida organizada de la nación como tal; de modo que las medidas restrictivas que el ordenamiento jurídico permite adoptar en períodos de normalidad democrática resulten insuficientes para solventar la crisis o la emergencia y sea preciso recurrir a

³⁵ Obviamente, criterio no universalizado materialmente pero, en todo caso, aplicable a España en el marco de las exigencias del CEDH; sobre este asunto véase el documento de trabajo sobre cláusulas limitativas.

³⁶ EUROPEAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS, *The Greek Case (Denmark, Norway, Sweden and The Netherlands v. Greece)*, Applications 3321/67, 3322/67, 3323/67 and 3344/67, Commission Report of 5 November 1969, en: *Yearbook of the European Convention on Human Rights*, 1969 (12bis), p. 71, §§ 113.

³⁷ “The requirement of imminence cannot be interpreted so narrowly as to require a State to wait for disaster to strike before taking measures to deal with it” (...) [Article 15] “permits States to take derogating measures to protect their populations from future risks” (ECHR, *Case of A. and others v. The United Kingdom* [GC], no. 3455/05, §177, judgment of 19 February 2009); cabría preguntarse si tal interpretación es coherente con la necesidad, derivada del objetivo teleológico de dotar de la máxima efectividad a los derechos y libertades reconocidos, de realizar una interpretación extensiva de los derechos y libertades, y restringida de sus limitaciones.

medidas de carácter excepcional. La lógica de la excepcionalidad, asimismo, explica el hecho de que de estas características se infiera la temporalidad de las medidas que se adopten para afrontar con éxito la crisis o emergencia y que, por consiguiente, se dejen sin efecto inmediatamente después de su superación o se atenúen en función de su evolución a mejor.

Esta última referencia permite aludir a una última cuestión jurídica objeto de debate, basada en la experiencia histórica y en la constatación de los riesgos que la práctica de los estados de excepción muy prolongados en el tiempo, permanentes o institucionalizados suponen para los derechos humanos³⁸: *si la emergencia excepcional ha de ser de naturaleza temporal* (cuando es evidente que un Estado, incluso actuando de buena fe podría no tener la seguridad de su duración y, en consecuencia, del tiempo en que debería aplicar medidas excepcionales). En 1981, el Comité de Derechos Humanos se hizo ya eco de estos recelos –basados en una práctica bastante extendida– y señaló que las “medidas adoptadas de conformidad con el artículo 4 [del PIDCP] son de carácter excepcional y temporal”³⁹; de este modo, indirectamente, se infiere que la temporalidad de las medidas está vinculada al cumplimiento de su fin: acabar con la situación excepcional –que, de este modo, tiene una naturaleza temporal: al menos, de forma implícita⁴⁰.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos no suscribe exactamente esa tesis interpretativa: siempre ha mantenido, según sus propias palabras, que nunca ha entendido que exista un requisito derivado del artículo 15,1 del CEDH de que la amenaza excepcional sea *per se* temporal, sin perjuicio de que la apreciación de la proporcionalidad de las medidas se vincule a la duración de la situación⁴¹ –de modo que las medidas adoptadas sean revisadas periódicamente por el Estado para calibrar su adecuación a la situación e irse atenuando en su gravedad en función de la atenuación de la excepcionalidad de la crisis-. Tal planteamiento concuerda con la tendencia jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos –no siempre comprensible– a no revisar en sucesivas sentencias la continuidad de las situaciones excepcionales

³⁸ ONU, *Documento E/CN.4/Sub.2/1983/15*, pp. 28 a 32, §§ 128-145.

³⁹ COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, *Observación general 5 (1981)*, § 3; este criterio se reitera en la *Observación general 29 (2001)*, § 2, que sustituye a la anterior.

⁴⁰ ORAÁ, J., *op. cit.*, pp. 21-22.

⁴¹ ECHR, *Case of A. and others v. The United Kingdom* [GC], no. 3455/05, §178, judgment of 19 February 2009.

cuando ha venido existiendo una prolongada coyuntura de violencia política o terrorista –véanse los supuestos de Irlanda del Norte y Kurdistán⁴².

De cualquier forma, es evidente que la legalidad internacional y la buena fe exigen de los Estados que las medidas excepcionales tengan como fin el restablecimiento de la normalidad del funcionamiento institucional y/o la estabilización y pacificación sociales.

4.2. Los supuestos de hecho que pueden dar origen a una amenaza excepcional (crisis excepcionales).

Conforme a ORAA, las situaciones de hecho excepcionales tienen un triple origen fáctico⁴³:

a) *Crisis políticas* de diferente naturaleza e intensidad: conflictos armados internacionales (incluidas las guerras de liberación nacional) o internos; disturbios internos; graves amenazas para el orden público o subversión. En otras versiones que mantienen la triple taxonomía general, el conjunto de situaciones de naturaleza política que no se sustentan en la existencia de un conflicto armado se circunscriben a una genérica situación: disturbios y tensiones internas⁴⁴.

b) *Catástrofes públicas o naturales*. La referencia particular a la existencia de *catástrofes públicas* –quizá con una adjetivación no excesivamente adecuada- pretende subrayar el hecho de que los supuestos de fuerza mayor que constituyen las catástrofes como sucesos imprevistos no sólo pueden ser causadas por las fuerzas de la naturaleza sino también por la mano del hombre, en forma de accidentes provocados -incluso como consecuencia de la inactividad humana- que igualmente inciden en el medio natural y humano.

— Las catástrofes, sea cual sea su origen, tienden, por un lado, a trazar modificaciones intensivas del medio natural y humano –debido a inundaciones, terremotos, maremotos, ciclones y huracanes, incendios, etc., pero también, por

⁴² Un ejemplo para la reflexión y el debate: el Reino Unido es condenado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos por sentencia de 28 de noviembre de 1988 (asunto Brogan y otros contra Reino Unido); se le condena por haber aplicado, tras haber retirado su derogación el 22 de noviembre de 1984 (de lo que debía presumirse que había dejado de existir una amenaza excepcional), una legislación antiterrorista prácticamente idéntica a la que aplicaba antes de proceder a prescindir del empleo de la cláusula derogatoria. La reacción del Reino Unido por tal condena fue notificar el 23 de diciembre de 1988 la existencia de una amenaza excepcional en relación con la situación de Irlanda del Norte y seguir aplicando la Prevention of Terrorism (Temporary Provisions) Act 1984. Es decir, el Reino Unido mantuvo la aplicación de una legislación prácticamente idéntica, tanto en períodos excepcionales y no excepcionales.

⁴³ ORAA, J., *op. cit.*, p. 31; es muy probable que la casuística de las crisis políticas pudiera ordenarse de manera más sistemática.

⁴⁴ ONU, *Documento E/CN.4/Sub.2/1983/15*, p. 9, § 28.

ejemplo, a accidentes nucleares o químicos-, y, de otro lado, pueden originar crisis sanitarias o ambientales más o menos intensivas y duraderas.

— Provocan daños y/o minoraciones en bienes públicos y privados.

— Más allá de que por sus propios efectos puedan interrumpir el funcionamiento normal de las instituciones públicas y de la vida social, las catástrofes pueden asimismo generar dinámicas sociales que pueden afectar al orden público y que, en consecuencia, son propias de las crisis políticas.

c) *Crisis económicas* (más adelante se hará sobre ellas un breve comentario).

Estas tres grandes tipologías de situaciones que pueden llegar a ser excepcionales se deben o pueden deberse tanto a causas *endógenas* –el hecho causante se produce dentro de la jurisdicción estatal⁴⁵- como a causas *exógenas* –el hecho causante se produce fuera de la jurisdicción estatal-. Obviamente, los factores exógenos han de ser susceptibles de generar unos efectos endógenos: por ejemplo, una catástrofe que tiene efectos transfronterizos o una crisis política o un conflicto armado interno en un Estado que repercute de manera sensible en los países vecinos debido a un flujo intensivo de población que cruza la frontera.

Igualmente, si se aprecia la existencia de factores externos que pueden ser el detonante de una situación excepcional interna, hay que tener muy presente la diferenciación entre las *crisis transfronterizas* –en las que los sucesos producidos bajo jurisdicción del Estado repercuten esencialmente en sus vecinos por causa de contigüidad- y las *crisis globales o regionales* –de manera muy simplificada, y sin perjuicio de que sea factible profundizar en este asunto, son situaciones que con independencia de sus causas y origen más o menos localizable, repercuten de manera más o menos intensa sobre todos o la gran mayoría de los Estados del mundo o de una región (y, por supuesto, de sus poblaciones)-. Lo más relevante a señalar en este sentido

⁴⁵ Partiendo de que, en principio, la jurisdicción estatal es de base territorial.

Ha que tener presente que la intervención de fuerzas armadas de un Estado en el territorio de un segundo Estado –sea legal o no conforme al ordenamiento jurídico internacional- no constituiría en principio un supuesto de hecho que pudiera calificarse en el orden interno como una *situación excepcional*. Ahora bien, hay que tener presente el *vínculo jurisdiccional* en materia de derechos humanos que ha establecido recientemente el Tribunal Europeo de Derechos Humanos respecto a los resultados de operaciones de seguridad de soldados del Reino Unido en Irak (ECHR, *Al-Skeini and others v. United Kingdom*, no. 55721/07, § 150, Judgment of 7 July 2011) o el internamiento de una persona por autoridades de ese mismo Estado en Irak (ECHR, *Al-Jedda v. United Kingdom*, no. 27021/08, § 86, Judgment of 7 July 2011); en este segundo asunto, el Reino Unido no alegó en ningún momento el artículo 15 del Convenio Europeo de Derechos Humanos respecto a su actuación en Irak, cosa que el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos señala (*ibid.*, § 100), por lo que surge la pregunta de si era o no descartable que lo hubiera podido hacer –entendiendo que si actuaba ejerciendo su jurisdicción bien podría en ese ámbito jurídico decretar la existencia de una amenaza excepcional.

es que, más allá de este carácter global, desde el prisma jurídico internacional que es objeto de análisis, estas crisis transfronterizas, regionales o globales habrán de ponderarse particularmente desde la afección y consecuencias asimétricas que tienen respecto a cada Estado: aun cuando la narrativa transfronteriza, regional o global sea precisa para precisar los hechos, lo que es determinante para el Derecho internacional de los derechos humanos es cuán excepcional es la amenaza para cada Estado. Por ello es factible que los efectos de una crisis global pudieran ser objetivamente calificados por un Estado como excepcionales mientras que para otro Estado no pase de una situación de riesgo que no alcanza tal nivel de excepcionalidad –por ejemplo, piénsese en la diferente afección territorial de una pandemia o en la misma amenaza terrorista derivada del 11-S de 2001 (aun cuando en este segundo supuesto las dudas sobre su excepcionalidad conforme a la definición ofrecida puedan seguir subyugando)-.

4.3. Identificación de las situaciones de crisis excepcional y práctica internacional sobre la notificación de las *amenazas excepcionales*.

En lo que concierne a la práctica internacional, sustentada en las notificaciones de derogación realizadas por los Estados Partes de los tratados internacionales de derechos humanos que contienen cláusulas derogatorias o de la práctica de supervisión internacional –que visualiza también el comportamiento estatal de aquellos Estados que incumplen su obligación jurídica internacional de notificación oficial o no la han adquirido⁴⁶-, pueden constatarse de modo general que en su gran mayoría sería la categoría de las crisis políticas -y en concreto la existencia de disturbios o tensiones internas- el supuesto de hecho más habitualmente exhibido.

Esta constatación permite introducir elementos de debate a partir de lo observado:

a) No es descabellado pensar, a la vista de la escasa referencia en las notificaciones oficiales a la existencia de un conflicto armado interno, que la naturaleza de la crisis política denunciada sea en realidad de un mayor grado de intensidad.

— En un primer estadio, la crisis política prototipo se ubica en la existencia de un hecho causal que se convierte en el detonante de una situación de deterioro del orden público –por ejemplo, una huelga general o el incremento de la actividad delictiva, etc.- en el cual se ha producido o se espera un cierto nivel de tensión, disturbios o incluso violencia política.

⁴⁶ Muy especialmente, hay que destacar en este sentido la actividad de la ONU.

— En un segundo estadio, existe en el interior del Estado una situación de violencia política intensa —con orígenes variados como conflictos étnicos o la existencia de grupos armados organizados de distinta naturaleza⁴⁷—, sea dispersa y generalizada o localizada territorialmente.

b) Muy aisladamente las emergencias sanitarias dan pie a la declaración de la existencia de una situación excepcional.

c) La excepcionalidad de una catástrofe puede combinar o sustentarse de manera indistinta en las necesidades para abordar los daños o para responder a los problemas de orden público derivados del suceso —es decir, de la coyuntura social existente tras el acontecimiento—; algo parecido suele suceder si se trata de crisis económicas.

Este último aserto permite realizar un breve comentario sobre el Derecho internacional de los derechos humanos, la situación de excepcionalidad y las *crisis económicas*.

Partiendo de la base de que la propia ONU indicara, sobre la base de la experiencia constitucional de los Estados Miembros de la época⁴⁸, que se apuntaban como supuestos de excepción tanto el mantenimiento de servicios y bienes esenciales para la comunidad como el peligro para la vida económica del país o de partes del mismo, es evidente que no puede negarse a priori la posibilidad de que causas económicas puedan encontrarse detrás de una amenaza que pone en peligro la vida de la nación.

La práctica relativa a notificaciones oficiales sobre situaciones excepcionales permite señalar:

d) Primero, que, efectivamente, la existencia de circunstancias de un puntual desabastecimiento de bienes y servicios es un supuesto de hecho alegado como situación excepcional habilitante para recurrir a la cláusula derogatoria; se trata de coyunturas graves y puntuales.

e) Segundo, que la alegación de una crisis económica como una amenaza excepcional ha tendido a producirse en cuadros fácticos en que a las dificultades económicas y/o financieras se le acumula un malestar social que desemboca en disturbios y tensiones internos de una cierta entidad o que como mínimo así son

⁴⁷ Como es obvio, la tendencia de los Estados es a calificar a la gran mayoría de estos grupos como terroristas.

⁴⁸ ONU, *Documento E/CN. 4/826/Rev. 1*, p. 184, § 754; piénsese, por ejemplo, en el intento de fundamentar la legislación y arquitectura institucional del *New Deal* en la doctrina de los poderes de emergencia constitucionales que, en principio, parecían reservados a situaciones de conflicto armado o insurrección (BELKNAP, M. B.; “The New Deal and the Emergency Powers Doctrine”, (1983), 62, *Texas Law Review*, p. 67).

percibidos por las autoridades estatales; de este modo, se suele plantear la crisis económica como detonante o hecho causante de la crisis política⁴⁹ o bien se reconoce la existencia simultánea de una crisis económica y de una crisis política⁵⁰

f) Y, tercero, resulta difícil encontrar una referencia a una situación excepcional generada por una *crisis económica pura* –sin un cierto grado de acompañamiento de repercusiones en el ámbito político en forma de disturbios o tensiones que reflejan el malestar o las demandas de sectores más o menos amplios de la población ante la situación económica, donde la *excepcionalidad* se sustente en exclusiva en la gravedad de la coyuntura económica o financiera del país. Se ha tendido a subrayar la dificultad de considerar una crisis económica como habilitante de un estado de excepción⁵¹; es más los ya mencionados *Principios de Siracusa* son más que categóricos al señalar que las “dificultades económicas por sí solas no pueden justificar las medidas de derogación”⁵², más allá de que haya evidencias de la utilización de poderes excepcionales para abordarlas⁵³. De consolidarse esta última hipótesis, el foco de la reflexión inmediato es el que contemplan GROSS y AOLAÍN⁵⁴:

“Economic emergencies may be, and have been, equated with violent crisis leading to governmental demands for similar broad powers to fight off the threat to the nation. Conversely, economic crisis may lead to the routine use of emergency powers that are then employed in the context of violent crisis”.

La reflexión a partir de esta constatación sobre la potencial excepcionalidad de las crisis económicas puede centrarse en las preguntas siguientes:

⁴⁹ Por ejemplo, en 1985 Bolivia decretó el estado de sitio para poder mantener sus medidas para luchar contra la hiperinflación existente en el país, que habían, según el Gobierno, generado disturbios y dando lugar a un intento subversivo de suplantarse a las autoridades legítimas del Estado (ONU; *United Nations Treaty Collection*, disponible en: http://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-4&chapter=4&lang=en, 20/07/2011).

⁵⁰ Por ejemplo, tal y como se desprende de la declaración presentada por Nicaragua en 2005 (*ibid.*).

⁵¹ MELÉNDEZ, F., *Los derechos fundamentales en los estados de excepción según el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Tesis inédita, Universidad Complutense de Madrid, 1997, p.50.

⁵² ONU, *Documento E/CN.4/1985/4*, Anexo, p. 1, Principio 41.

⁵³ SCHEUERMAN, E., “The Economic State of Emergency”, (1999-2000) 21, *Cardozo Law Review*, pp. 1869-1894.

Como señala DESPOUY, de forma creciente, junto a las tradicionales crisis estrictamente políticas o crisis catastróficas, “se mencionan [por los Estados Partes que notifican estados de excepción] cuestiones étnicas y/o perturbaciones internas resultantes de tensiones sociales provocadas por factores económicos vinculados a la pobreza, el empobrecimiento o la pérdida de ventajas sociales por parte de segmentos de la población” (DESPOUY, L., *Los derechos humanos en los estados de excepción*, UNAM, México, 1999, p. 19); la cursiva es propia.

⁵⁴ GROSS, O. & AOLAÍN, F.; *Law in Times of Crisis. Emergency Powers in Theory and Practice*, Cambridge U. Press, Cambridge, 2006, pp. 4-5.

g) ¿En qué medida una crisis económica puede por sí misma justificarse como excepcional y qué elementos debe reunirse en la situación económica y financiera?

h) ¿En qué medida una crisis económica de larga duración o incluso estructural⁵⁵ podría ser legalmente catalogable como excepcional o más bien las necesidades existentes demandarían el recurso a medidas de otra naturaleza?

i) ¿En qué medida ante crisis económicas sin consecuencias de orden público significativas la adopción de paquetes de medidas económicas y sociales profundas no puede interpretarse materialmente y de facto como manifestación de la excepcionalidad de la situación aun cuando formalmente jurídicamente no se califique como tal-?

j) Tratándose de decisiones económicas y financieras, ¿en qué medida aquellas decisiones sustentadas en poderes normativos y reglamentarios excepcionales – formalizados o no-, adoptadas para afrontar una situación puntual de debilidad económica o financiera terminan por convertirse en la legalidad ordinaria post-crisis?

A título de sugerencia, quizá fuese oportuno reflexionar sobre la necesidad de acuñar la diferenciación, a los efectos de clarificar el alcance fáctico del concepto jurídico de *amenaza excepcional* en relación con los asuntos económicos, entre *crisis económica* y *emergencia económica* –dando a esta segunda categoría fáctica una significación particular en cuanto a la urgencia y la gravedad que indiquen su carácter de evento coyuntural frente a una situación que puede tener repercusiones duraderas en la economía y la sociedad-; aunque ni tan sólo esta distinción, probablemente, solucionaría todos los problemas jurídicos evidenciados.

5. Consideraciones finales.

Aun cuando ni los tratados internacionales de derechos humanos (ni tampoco el Derecho internacional general aplicable a esta materia) contemplan una definición precisa de qué ha de entenderse por crisis, sí que establecen fórmulas de flexibilidad que permiten al Estado acomodar sus obligaciones jurídicas internacionales a una situación constitutiva, de hecho, de una crisis en cualquiera de sus múltiples orígenes y variantes.

Estas fórmulas de flexibilidad pueden observarse desde una doble perspectiva: de una parte, como una habilitación para el Estado para adoptar medidas que restrinjan o suspendan los derechos y libertades internacionalmente reconocidos y respecto a los cuales ha adquirido obligaciones jurídicas internacionales; y, de otra parte, como un

⁵⁵ Se suele poner el ejemplo de algunos países en vías de desarrollo.

teórico condicionante y límite jurídico de la discrecionalidad estatal al abordar la crisis derivado de sus obligaciones jurídicas internacionales en materia derechos humanos.

Los poderes que un Estado pueda ejercer y las medidas de toda índole que pueda adoptar para superar una situación de crisis se enmarcan en tipologías diferenciadas de habilitación sobre la base de la existencia o no de una situación de hecho calificable o no de excepcional; ambos tipos de habilitación deberían asimismo ser suficientes a priori para servir de límite jurídico a la discrecionalidad estatal.

Se quieren, no obstante, hacer algunas breves precisiones conclusivas adicionales.

Primera, que el Derecho internacional de los derechos humanos tiende a identificar la noción de *crisis* sólo con las situaciones excepcionales que derivan de eventos que comportan un peligro para la vida de la nación –o constituyen situaciones de conflicto armado–; se ha demostrado, empero, que cualquier crisis, excepcional o no, puede ser abordada mediante una habilitación jurídica internacionalmente reconocida a los Estados.

Segunda, que el dualismo casuístico y de distinto nivel de habilitación legal que comporta este planteamiento jurídico-político, de un lado, resulta en la práctica muy impreciso y permeable a valoraciones múltiples en lo que concierne a la apreciación de la gravedad de las situaciones y de las medidas adoptadas, y, de otro lado, que esto redundaría en una indefinición o imprecisión de los límites efectivos a la discrecionalidad estatal y, en suma, en una dificultad añadida para garantizar el respeto efectivo de los derechos y libertades en tales circunstancias. A lo anterior se le puede sumar la propia generalidad de los términos empleados en los tratados internacionales de derechos humanos aplicables, así como la propia indeterminación del Derecho internacional general.

Tercera, que, situados en el tratamiento jurídico internacional de las crisis excepcionales, no parece que ni la normativa aplicable ni la interpretación que se ofrece desde los órganos cuasi-jurisdiccionales y jurisdiccionales internacionales permitan cerrar la puerta a una percepción expansiva de la discrecionalidad estatal –que, en general, va en detrimento del respeto y garantía de los derechos y libertades internacionalmente reconocidos–.

Y, cuarta, la permeabilidad entre la excepción y la normalidad institucional y normativa en orden a atajar las crisis puede tener repercusiones en la práctica estatal difícilmente explicables desde la efectividad de la normativa jurídica internacional, lo

que constituye una cuestión de análisis abierta: primera, la tendencia a que las medidas excepcionales, en todo o en parte, puedan consolidarse en el ordenamiento jurídico interno del Estado tras la crisis –con lo que, aunque sea implícitamente, la normalidad institucional y jurídica asume parámetros de excepcionalidad-; y, segunda, la aproximación político-jurídica de las medidas adoptadas en tiempos de normalidad para superar una crisis a las potencialmente inherentes a una situación excepcional, sin que los poderes públicos estatales o la supervisión internacional –que tiende a ofrecer al Estado ciertos márgenes de discrecionalidad debido a sus responsabilidades ante la sociedad- atiendan a la hipotética desviación de poder o el riesgo cierto que ello supone para los derechos humanos.

5. Bibliografía básica.

- BULLARD, A., *Human rights in crisis*, Ashgate Publishing, Ltd., London, 2008.
- DESPOUY, L., *Los derechos humanos en los estados de excepción*, UNAM, México, 1999.
- FITZPATRICK, J., *Human rights in crisis: the international system for protecting rights during states of emergency*, University of Pennsylvania Press, 1994.
- GROSS, O. & AOLAÍN, F., *Law in Times of Crisis. Emergency Powers in Theory and Practice*, Cambridge U. Press, Cambridge, 2006.
- INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION, *Human Rights and States of Emergency*, Report to the 62nd Conference, Seoul (1986), London, 1988.
- MELÉNDEZ, F., *Los derechos fundamentales en los estados de excepción según el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Tesis inédita, Universidad Complutense de Madrid, 1997
- ORAÁ, J., *Human Rights in States of Emergency in International Law*, Clarendon Press, Oxford, 1992, pp. 260-265.
- PRÉMONT, D.; STERNERSEN, C.; OSEREDCZUK (coordinators), *Non-derogable rights and states of emergency*, Bruylant, Bruxelles, 1996.
- SCHEUERMAN, E., “The Economic State of Emergency”, (1999-2000) 21, *Cardozo Law Review*, pp. 1869-1894.
- SVENSSON Mc CARTHY, A. L., *The international law of human rights and states of exception: with special reference to the travaux préparatoires and case-law of the international monitoring organs*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague / Boston / London, 1998.